

EDUARDO DEL VALLE MORA*

*¿Cómo garantizar la efectiva aplicación del principio
de imparcialidad en el procedimiento sancionatorio ambiental?*

SUMARIO

Introducción. I. La potestad sancionatoria del Estado. II. Principios rectores del procedimiento sancionatorio ambiental. III. Bajo la normativa actual la imparcialidad se predica del funcionario y no de la entidad. IV. El destino de las sanciones económicas y la función de la sanción. V. Los conceptos técnicos y la imposibilidad de contradecirlos. VI. La sorpresa de los agravantes en la determinación de la sanción. VII. ¿Qué hacer, entonces, para garantizar la imparcialidad en el procedimiento sancionatorio ambiental? VIII. Y en el entretanto, ¿qué se puede hacer? Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN

Este artículo presenta un análisis del procedimiento sancionatorio ambiental actual en Colombia, y cuestiona la efectiva aplicación del principio de imparcialidad en la medida en que la autoridad ambiental viene actuando como juez y parte. De manera que se proponen soluciones a corto y largo plazo para corregir la tensión existente entre el sistema actual y las garantías constitucionales y legales del individuo a ser juzgado por una autoridad administrativa autónoma, independiente e imparcial.

PALABRAS CLAVE

Potestad sancionatoria ambiental, tribunal administrativo ambiental, principio de imparcialidad.

ABSTRACT

This article presents an analysis of the current environmental sanctioning procedure in Colombia and questions the effective application of the principle of impartiality due to the fact that the environmental authority is acting

* Abogado e historiador graduado con honores de ambas carreras de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Derecho Administrativo y Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario, con título de L.L.M de la Universidad de McGill (Montreal, Canadá). Investigador del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: edelvalle@delvallemora.com.

as judge and party on the same time. Thus, short and long-term solutions are proposed to correct the existing tension between the current system and the constitutional and legal guarantees to be judged by an autonomous, independent and impartial administrative authority.

KEY WORDS

Environmental sanctioning power, environmental administrative authority, principle of impartiality.

INTRODUCCIÓN

A finales de 1681 el Rey Carlos II ordenó la publicación de la *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*. Se trata de un compendio normativo de más de 6.700 cédulas reales organizadas en nueve libros, que incluía las normas expedidas para gobernar los denominados Reinos de las Indias, así como las normas del Reino de Castilla que eran de forzoso cumplimiento en los territorios dominados en su momento por la Corona Española (Del Valle, 2009).

Entre las normas incorporadas en el respectivo cuerpo normativo se incluyeron en 120 oportunidades unas cédulas reales en las que se resaltaba uno de los roles que podía asumir en su momento el vecino: se trataba, ni más ni menos, de su rol como denunciador. Cuando el vecino tenía conocimiento de que otro vecino o de que una autoridad estaba incumpliendo las normas que debía seguir, entonces procedía a denunciar tal hecho ante el alcalde¹, quien, después de un procedimiento reglado, podía imponer penas corporales, de destierro y de confiscación de bienes, siempre acompañadas de una pena pecuniaria. Lo llamativo del sistema era que la pena pecuniaria se dividía en tres partes: un tercio para la Corona, un tercio para el vecino denunciador y un tercio para el mismo alcalde. De manera que existía un incentivo para que el Alcalde hallara responsable al denunciado pues se quedaba con una tercera parte de la pena pecuniaria que impusiera (Del Valle, 2009).

1 En su momento el alcalde era una figura judicial pues hacía las veces de juez. Para mayor información sobre las competencias del alcalde cfr. E. J. DEL VALLE MORA. *La ciudad en la recopilación de leyes de los reinos de las indias*, tesis, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

Lo paradójico de este sistema es que a pesar de que han pasado más de tres siglos, cuando vemos la Ley 1333 de 2009 encontramos que ya el botín de la pena pecuniaria no se divide en tres partes, sino que la totalidad de la pena pasa de la persona responsable de la infracción ambiental a las autoridades ambientales, quienes a su turno utilizan dichos recursos como una fuente de ingresos para sufragar su propio funcionamiento (Amaya-Arias y Del Valle, 2018).

De esa arbitraria comparación, la cual seguramente puede resultar descontextualizada entre 1681 y 2019, es que surge la idea de plantear este artículo y debate académico en el marco de los principios rectores de la función administrativa contenidos en los artículos 4.º, 6.º, 29, 83, 84, 121 y 209 de la Constitución Política de Colombia, 3.º de la Ley 1437 de 2011 y 3.º de la Ley 1333 de 2009.

La idea es analizar si, a pesar de que el procedimiento sancionatorio ambiental contenido en la Ley 1333 de 2009 señala de manera expresa que debe garantizar el debido proceso y los principios constitucionales y legales de la función pública, entre ellos el de imparcialidad, este último se ve efectivamente garantizado y materializado al momento de realizar la práctica de los procedimientos sancionatorios ambientales; máxime si existen declaraciones internacionales y normas nacionales que consagran dentro de los elementos del debido proceso la necesidad de ser juzgado por un tribunal autónomo, independiente e imparcial (Brito, 2005: 401).

Así las cosas, este artículo propone como hipótesis la idea de que bajo la estructura actual de la institucionalidad ambiental y del procedimiento sancionatorio ambiental no puede considerarse que el mismo garantiza de manera absoluta la efectiva aplicación del principio a la imparcialidad. Esta hipótesis se sustenta en tres ejemplos que se derivan de la estructura actual del procedimiento sancionatorio ambiental.

El primero consiste en el hecho de que, en la medida en que el procedimiento sancionatorio ambiental culmine con una sanción pecuniaria, la autoridad ambiental tiene un interés implícito en declarar al infractor responsable, pues le permitirá contar con recursos adicionales para su funcionamiento². El segundo tiene que ver con la limitada valoración probatoria que se puede dar en el marco del procedimiento sancionatorio ambiental en el

2 Esta idea se sustenta en lo dispuesto en los numerales 2, 13 y 17 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993 y en el artículo 42 de la Ley 1333 de 2009.

que la autoridad actúa como juez y parte, considerando cuáles de las pruebas solicitadas y aportadas por el presunto infractor son útiles, conducentes y pertinentes, y dándole a los conceptos técnicos, muchas veces desconocidos por el infractor, el carácter de pruebas, o inclusive, aun conociéndolos, sin la posibilidad real de poder controvertir los resultados y análisis de los mismos conceptos técnicos de la autoridad ambiental³. El tercero está asociado a que existe un vacío legal en materia de sanciones respecto del momento en que debe darse el debate de los agravantes de responsabilidad, los cuales únicamente tienen efecto cuando quiera que la sanción sea económica, teniendo entonces la autoridad la carga de formular y probar el agravante al momento de formular los cargos, situación que pocas veces ocurre, lo cual implica una mayor pena para el infractor frente a la cual difícilmente puede defenderse⁴.

A partir de dichos ejemplos se puede inferir que existe una tensión en el régimen sancionatorio ambiental frente a la garantía de la efectividad de la imparcialidad como principio rector del procedimiento sancionatorio ambiental. Ante tal situación se presentan dos soluciones: una a largo plazo y otra a corto plazo.

En el caso de la propuesta a largo plazo se plantea una reinversión, tanto de la institucionalidad ambiental como del procedimiento sancionatorio ambiental, de forma que una tercera entidad, de manera independiente, decida respecto de las formulaciones de cargos y las prácticas de pruebas, que conduzca el debate probatorio y que adopte la decisión final de manera independiente, autónoma e imparcial⁵. Dicho tercero no debe tener ningún tipo de relación, interés o beneficio derivado de las sanciones pecuniarias que pueda imponer. Así mismo, se plantea como un órgano colegiado compuesto por abogados y técnicos especializados de manera que puedan adoptar decisiones en derecho, pero con un fuerte componente técnico. Se trata de un tercero independiente de las autoridades ambientales que pueda tomar decisiones en sede administrativa, sin desconfigurar la esencia misma de la

3 Esta idea se sustenta en lo dispuesto en los artículos 1.º, 16, 26 y 27 de la Ley 1333 de 2009, y en particular en el artículo 3.º del Decreto 3678 de 2010, compilado en el artículo 2.2.10.1.1.3 del Decreto 1076 de 2015.

4 Esta idea surge del análisis sistemático de los artículos 7.º y 40 de la Ley 1333 de 2009, 2.2.10.1.1.3 y 2.2.10.1.2.1 del Decreto 1076 de 2015, y 3.º y 9.º de la Resolución 2086 de 2010.

5 Esta idea se deriva del análisis de caso en otras jurisdicciones, como la chilena, en la que las decisiones respecto de las sanciones administrativas por incumplimiento de la norma ambiental son adoptadas por una superintendencia (DEL VALLE, 2014).

función administrativa garantizando la efectiva aplicación del principio a la imparcialidad. De esa forma se busca separar las acciones de investigación de las de juzgamiento, de forma que las autoridades ambientales mantengan su competencia para investigar y quien decida sea un tercero; decisión que habría de ser tomada en sede administrativa de manera que, si fuere necesario, se garantice la posibilidad de acudir a la vía judicial tanto para la autoridad ambiental como para el presunto infractor.

En el caso de la propuesta a corto plazo se plantean correctivos y acciones que hoy en día pueden adoptar las autoridades ambientales sin necesidad de incurrir en cambios normativos e institucionales, y que pueden mejorar las condiciones actuales bajo las cuales se llevan a cabo los –inquisidores– procedimientos sancionatorios ambientales. Si bien no resuelven de fondo las inquietudes académicas planteadas frente a la imparcialidad, ayudan a mitigar los efectos colaterales que la referida tensión ha venido generando. Es así como se propone la auto-creación de fondos y destinaciones específicas de las autoridades ambientales para el manejo de los recursos públicos como resultado de los pagos de las multas que impongan⁶, la necesidad de dar traslado a los presuntos infractores de los conceptos técnicos⁷, la importancia de no adoptar los conceptos técnicos como pruebas sino como líneas argumentativas de la autoridad ambiental⁸, y la necesidad de formular, junto con los cargos, los respectivos agravantes de responsabilidad⁹.

Para efectos de lo anterior, el presente artículo se divide en ocho secciones cuyo desarrollo es el siguiente: en el numeral I se analiza el alcance y concepto de la potestad sancionatoria del Estado en materia ambiental y se explica su razón de ser; en el numeral II se presentan los principios rectores que orientan el procedimiento sancionatorio ambiental, el cual incluye el principio de imparcialidad; en el numeral III se averigua por qué razón la norma nacional contenida en la Ley 1437 de 2011, la cual se comporta como norma supletiva de la Ley 1333 de 2009, reconoce que la imparcialidad se

6 Esta se sustenta en los numerales 6, 13, 17, 19, 24 y 27 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993.

7 Esta idea tiene su sustento en los artículos 226 a 235 del Código General del Proceso cuando quiera que la autoridad ambiental le da al concepto técnico la fuerza de una prueba bajo la cual termina decidiendo una investigación sancionatoria ambiental.

8 Ídem.

9 Esta propuesta se deriva del análisis sistemático de los artículos 3.º y 24 de la Ley 1333 de 2009, en concordancia con los criterios de interpretación normativa contenidos en la Ley 153 de 1887 y en los capítulos VI a VIII del Código Civil colombiano.

analiza única y exclusivamente frente al funcionario público que adopta la decisión, mas no a la misma entidad. En el numeral IV se hace una breve alusión al manejo que las autoridades ambientales dan a los recursos provenientes de las multas; en el numeral V se explica en qué consiste la tensión entre los principios rectores que gobiernan la Ley 1333 de 2009 y la aplicación efectiva del principio de imparcialidad derivada del manejo práctico que realizan las autoridades ambientales frente a sus propios conceptos técnicos; en el numeral VI se analiza el silencio procesal respecto del momento en que se debe dar el debate probatorio, técnico y jurídico asociado a los agravantes de responsabilidad, lo cual únicamente incide en la imposición de mayores multas por las autoridades ambientales; en el numeral VII se plantea la propuesta de un órgano autónomo, independiente e imparcial para garantizar efectivamente el principio de imparcialidad frente a la toma de las decisiones en los procedimientos sancionatorios ambientales; finalmente, en el numeral VIII se plantean las acciones y propuestas que en el corto plazo pueden adoptar las autoridades ambientales de manera que contribuyan a la búsqueda de la efectividad en la aplicación del principio constitucional y legal de la imparcialidad.

Sin más preámbulos, y con la aclaración de que este artículo busca incentivar el sano debate académico acerca del estado actual del principio de imparcialidad, se hace una invitación a contribuir con soluciones que en el corto y largo plazo permitan mejorar la situación de cara a su aplicación pues, como bien señaló el profesor Álvaro Cardona (2017: 90), “... qué fácil es juzgar con las pruebas que la autoridad practica y sólo poder controvertirlas aportando el presunto infractor las suyas, pero sometiéndolas al escrutinio y aceptación de las mismas autoridades que lo juzgan y deciden”.

I. LA POTESTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO

A medida que las sociedades evolucionan, y que se desarrollan otras nuevas, los Estados deben revisar una y otra vez su regulación ambiental, pues necesariamente debe haber una coordinación entre esta y el desarrollo tecnológico.

En ese sentido, a medida en que se entienden con mayor detenimiento y cuidado tanto los impactos ambientales que genera la actividad humana como los mecanismos e instrumentos producto de la evolución tecnológica, es posible regular en detalle su manejo. Al respecto Álvaro Osorio Sierra (2013: 178) considera que

... ante la magnitud de los riesgos generados con los adelantos tecnológicos, se hace necesaria la respuesta del Estado para garantizar a los asociados el derecho constitucional a disfrutar de un medio ambiente sano, y la posibilidad de disponer de adecuadas condiciones de vida en el marco de un entorno seguro.

Es posible que muchos de los actuales impactos ambientales hayan venido ocurriendo desde el comienzo de los tiempos; de hecho, no podemos pensar en la existencia de la vida humana sin pensar en impactos ambientales, sean ellos positivos o negativos, pues no es posible concebir la vida en la tierra, o inclusive en otros planetas, sin considerar que la actividad humana necesariamente los genera. De manera que la discusión no es si se generan o no impactos, sino en cómo evoluciona su manejo.

La regulación ambiental no puede ser ajena a las nuevas formas de manejo, y por ello es relevante acudir a lo señalado por Julián Manrique (2018: 111), quien señala que “el derecho ambiental surge a raíz de la necesidad de nuestra sociedad por regular y proteger los recursos naturales y ecosistemas que nos rodean”, es decir que el derecho ambiental se ve como un medio que debe ser dinámico y presto a acogerse a los desarrollos de la sociedad.

El ejemplo más dicente es el de los residuos: desde siempre la humanidad los ha venido generando pero a medida que evoluciona ha encontrado diferentes formas de manejo, inclusive en muchos casos dándole nuevos usos, desafiando muchas veces hasta las propias leyes de la termodinámica (Schenider, 2005). Así mismo, la regulación ambiental ha venido generando cada día nuevas distinciones y clasificaciones para el manejo de los residuos, pues pasó de dividirlos en sólidos ordinarios y sólidos especiales (después nombrados peligrosos), a tener hoy en día una regulación especial para cada tipo: sólidos orgánicos, sólidos peligrosos, de manejo especial, de posconsumo, de recolección selectiva, de demolición y construcción, en fin, la regulación se ha venido adaptando a la evolución de los impactos ambientales y su manejo.

Como se ha señalado, la regulación no puede ser ajena a la evolución por lo que debe adaptar sus normas a las nuevas tecnologías, exigiendo cada día más a quien genera el impacto y requiriéndolo para que lo maneje de la mejor forma según el estado del arte en cada caso dependiendo del tipo de actividad, de impacto y de manejo. De igual manera, la actualización periódica de la regulación debe considerar la revisión de la institucionalidad ambiental, pues las entidades que hagan parte del sector ambiental deben contar con todos los instrumentos legales, financieros y técnicos que les permita realizar un

debido seguimiento al cumplimiento de la normativa ambiental de forma que puedan ejercer sus funciones constitucionales y legales.

Entonces, es deber del Estado garantizar la protección de los recursos naturales, para lo cual básicamente le competente ocuparse de tres asuntos fundamentales¹⁰: i) la actualización periódica de las normas ambientales de cara a los nuevos desarrollos y desafíos tecnológicos; ii) la revisión periódica de la institucionalidad ambiental y la garantía de que sus entidades contarán con las respectivas herramientas técnicas, financieras y legales para ejercer sus funciones, y iii) la existencia de un procedimiento sancionatorio que permita perseguir el cumplimiento de la normativa ambiental.

De manera que el Estado no sólo debe tener la capacidad de regular los diferentes impactos ambientales y el manejo de los recursos naturales, sino que para lograr los fines constitucionales y legales de garantizar la protección del ambiente y los recursos naturales, requiere contar con la potestad sancionatoria¹¹. En términos de la Corte Constitucional, el Estado debe contar con la capacidad suficiente que le permita garantizar el cumplimiento de sus fines (Sent. C-818 de 2005), entre ellos el mantenimiento del orden jurídico superior el cual se traduce en este caso en la protección ambiental. La misma Corporación ha señalado que la potestad sancionatoria del Estado busca no sólo el cumplimiento de los fines esenciales y sociales sino, además, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Sent. C-595 de 2010).

En consideración a lo anterior, la potestad sancionatoria del Estado se presenta como uno de los elementos y pilares fundamentales de su propia existencia (Vidal, 2008: 320). No puede haber un Estado social de derecho sin que el mismo tenga las herramientas para investigar y sancionar a quienes culposa o dolosamente se aparten del régimen constitucional y legal. No puede haber Estado sin autoridad, pero tampoco puede haber Estado si no hay garantía para los principios y derechos de orden constitucional,

10 Esto, sin perjuicio de otros asuntos en los que debe ocuparse, como la articulación institucional, la educación ambiental, el fortalecimiento técnico, el establecimiento de áreas protegidas y de áreas de estrategias de conservación *in situ*, la adaptación al cambio climático, el diálogo permanente con las comunidades, el intercambio de saberes tradicionales, entre otros.

11 Cfr. A. OSPINA GARZÓN (2018) quien explica en detalle cómo la potestad sancionatoria del Estado es un instrumento necesario para garantizar sus fines.

e inclusive supra constitucional¹². Así las cosas, si bien el Estado tiene la garantía para investigar como un instrumento que materializa su potestad sancionatoria, el mismo se rige y se debe ceñir a las reglas propias del debido proceso y del principio de legalidad, como en reiteradas oportunidades lo han señalado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado¹³.

II. PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO AMBIENTAL

El artículo 3.º de la Ley 1333 de 2009 fue bastante generoso con los presuntos infractores, pues, desde un punto de vista eminentemente conceptual y teórico, plantea un escenario según el cual todo procedimiento sancionatorio ambiental debe seguir los principios rectores constitucionales y legales que rigen las actuaciones administrativas, así como los principios propios del sector ambiental incluidos en el artículo 1.º de la Ley 99 de 1993^[14].

A primera vista dicha declaratoria general de principios de que trata el referido artículo 3.º suena bastante garantista, sin embargo, en la práctica dichos principios pueden no resultar del todo poderosos en su aplicación. En el día a día de los procedimientos sancionatorios ambientales se observa que las garantías constitucionales y legales no necesariamente son reales pues la dificultad en su aplicación radica en la forma como fueron diseñados estructurados e implementados dichos procedimientos.

El principal problema del procedimiento sancionatorio ambiental es el procedimiento en sí mismo, en la medida que se genera un potencial conflicto de interés la autoridad ambiental, pues la misma actúa como juez y parte, aunado al hecho de que el mismo sistema le genera unos incentivos en la medida en que puede recibir cuantiosas sumas de dinero de parte del

12 Respecto del derecho al debido proceso en los procedimientos administrativos sancionatorios cfr. S. GONZÁLEZ REY (2018), cuyo texto resulta de la mayor relevancia pues aclara cómo el debido proceso se constituye a la vez un principio y un derecho, lo cual se materializa, entre otros asuntos, en la garantía a la imparcialidad.

13 Al respecto cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2010, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza y Consejo de Estado. Sentencia del 16 de noviembre de 2001, M. P.: Ligia López Díaz.

14 Se debe recordar que el artículo 1.º de la Ley 99 de 1993 vinculó al ordenamiento jurídico nacional la Declaración de Río de Janeiro denominada “Cumbre de la Tierra”. De manera que llama la atención que la Ley 1333 de 2009 haya vinculado los principios del referido artículo 1.º como de la Declaración de Río de Janeiro al procedimiento sancionatorio ambiental, pues en la práctica es difícil tomar todos esos principios y aterrizarlos al debate procesal.

infractor si logra sancionarlo. Este y otros asuntos que vician la garantía de imparcialidad serán descritos más adelante.

Para dejar en claro el contexto por el cual se considera que para garantizar la imparcialidad se requiere considerar una reinvencción y modificación estructural del procedimiento sancionatorio ambiental, a continuación se presentan las principales declaraciones y normas, tanto internacionales¹⁵ como nacionales que demandarían dicha revisión de la Ley 1333 de 2009.

– Los artículos 10.º y 11 de la Declaratoria Universal de Derecho Humanos señalan que toda persona tiene derecho a ser investigado y juzgado por un tribunal independiente e imparcial.

– Los artículos 18 y 26 de la Declaratoria Americana de Derechos y Deberes del Hombre reconoce que toda persona tiene derecho a un proceso regular, lo cual implica que sea investigado y juzgado de forma imparcial.

– Los artículos 14 y 15 de la Declaración de Derechos Civiles y Políticos reconoce que toda persona debe ser investigada y juzgada por un tribunal competente, independiente e imparcial.

– Los artículos 8.º y 9.º de la Convención Americana sobre Derecho Humanos reconocen que toda persona tiene derecho a ser oída con plenas garantías procesales por un tribunal competente, independiente e imparcial¹⁶.

– El artículo 209 de la Constitución Política reconoce de manera expresa que la función administrativa está al servicio de los intereses generales, y que, por lo mismo, debe garantizar, entre otros, el principio de imparcialidad.

– El artículo 3.º de la Ley 489 de 1998 establece que la función administrativa se debe desarrollar con base en ciertos principios, entre ellos el de imparcialidad.

15 Respecto de las garantías constitucionales al ciudadano cfr. el prólogo y los tres primeros capítulos del libro *La protección constitucional del ciudadano*, de JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO.

16 Resulta relevante traer a colación lo señalado por A. OSPINA GARZÓN (2018: 61-62), quien considera que la Convención Americana “es un instrumento internacional con vocación de ser aplicado en una cantidad importante de Estados, razón por la cual su interpretación debe ser guiada por dos principios: buena fe y efecto útil. En nombre de la buena fe, no bastaría con un cumplimiento meramente formal de lo dispuesto por la Convención de manera simétrica, no cualquier discrepancia formal entre el instrumento y el derecho interno debe ser juzgado como un incumplimiento. En nombre del efecto útil, lo que verdaderamente importa, más allá de la apariencia, es el efecto que el derecho interno tenga respecto de los derechos y garantías reconocidos por la Convención. En este sentido, los términos utilizados en un tratado internacional no deben ser interpretados por su literalidad, sino por su finalidad que persiguen”.

– El artículo 3.º de la Ley 1437 de 2011 reconoce que en todo procedimiento administrativo se debe garantizar la imparcialidad.

Las anteriores referencias normativas y declaraciones muestran que en teoría todo procedimiento judicial o administrativo debe garantizar la imparcialidad de quien toma la decisión de sancionar o no al investigado¹⁷. Hasta ahí todo suena razonable y armónico, sin embargo, la gran dificultad radica en que en materia administrativa sancionatoria ambiental el sistema jurídico nacional ha entendido que la imparcialidad se predica del funcionario, mas no de la entidad. Así las cosas, en la medida en que el funcionario tenga un conflicto de interés respecto de la decisión que debe adoptar, se entiende que se está garantizando el principio de imparcialidad al designar un funcionario *ad hoc* para que investigue y sancione al presunto infractor ambiental.

III. BAJO LA NORMATIVA ACTUAL LA IMPARCIALIDAD SE PREDICA DEL FUNCIONARIO Y NO DE LA ENTIDAD

Lo primero que se debe señalar es que, si bien es una norma especial, la Ley 1333 de 2009 no es autónoma sino que se complementa con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011¹⁸, y esta a su vez con la Ley 1564 de 2012 en lo que tiene que ver con los asuntos procesales¹⁹.

Así las cosas, se observa que los artículos 1.º y 2.º de la Ley 1333 de 2009 establecen el alcance de la potestad sancionatoria del Estado en materia ambiental, y por dicha vía las reglas de competencia, en las que básicamente existen dos criterios de juicio: i) el factor territorial, y ii) el factor especial.

Como regla general se debe aplicar el factor territorial, es decir que la autoridad ambiental competente para investigar y sancionar es la misma autoridad competente en el lugar específico del territorio en el que se hu-

17 Téngase en cuenta que, de acuerdo con F. BRITO (2005: 397), cuando la norma se refiere a “juez o tribunal competente” se debe entender que en materia administrativa hace referencia al funcionario o a la autoridad administrativa competente.

18 Cfr. artículos 11, 18, 19, 23, 24, 28 y 30 de la Ley 1333 de 2009. Si bien se hace referencia al otrora Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984, hoy debe entenderse que se trata del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011.

19 Cfr. artículo 306 de la Ley 1437 de 2011. Si bien se hace referencia al otrora Código de Procedimiento Civil, hoy debe entenderse que se trata del Código General del Proceso contenido en la Ley 1564 de 2012.

biere generado la infracción ambiental²⁰. En ese sentido, el factor territorial establece la competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales, las Corporaciones Autónomas Regionales de Desarrollo Sostenible, los Grandes Centros Urbanos y Parques Nacionales Naturales de Colombia, de manera que si la infracción ambiental se genera en su jurisdicción, dichas entidades serán las llamadas a investigar y sancionar al presunto infractor.

Como regla residual, pero con carácter preferente, está el que he denominado factor especial según el cual la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales será la competente para investigar y sancionar cuando quiera que se trate de un asunto propio de su competencia como en el caso de las licencias ambientales de proyectos de su competencia²¹, del establecimiento de los planes de manejo ambiental del régimen de transición de proyectos de su competencia²², o de los temas asociados a los programas de posconsumo, de recolección selectiva de residuos o de bolsas plásticas²³. Lo mismo ocurre con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible cuya competencia incluye las infracciones ambientales asociadas a las reservas forestales de Ley 2.^a de 1959, al régimen de vedas de carácter nacional²⁴ y, excepcionalmente, a otro tipo de infracciones ambientales bajo la competencia excepcional de que trata el numeral 17 del artículo 5.^o de la Ley 99 de 1993, delegado a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.

De manera que los referidos artículos 1.^o y 2.^o de la Ley 1333 de 2009 establecen la división de competencias de la potestad sancionatoria del Estado. A su turno, el mencionado artículo 3.^o de la Ley 1333 de 2009 invoca como principios rectores del procedimiento sancionatorio ambiental los constitucionales y legales (DelValle, 2014), entre ellos, el principio de imparcialidad que, al no estar regulado en la Ley 1333 de 2009, se debe acudir a la Ley 1437 de 2011 con el fin de entender el alcance de su aplicación, pues es en los artículos 3.^o, 11 y 12 que se materializa la forma como debe aplicarse tal principio de imparcialidad²⁵ (Cardona, 2017: 86). Veamos.

20 Cfr. artículo 2.^o de la Ley 1333 de 2009.

21 Cfr. artículo 2.2.2.3.2.2 del Decreto 1076 de 2015.

22 Cfr. artículo 2.2.2.3.11.1 del Decreto 1076 de 2015.

23 Cfr., por ejemplo, las Resoluciones 0371 y 0372 de 2009, 1511 y 1512 de 2010, 0668 de 2016 y 1407 de 2018, entre otras.

24 Cfr. por ejemplo las Resoluciones 0316 de 1974, 1408 de 1975, 0213 y 0801 de 1977, y 0463 de 1982, entre otras.

25 Para ahondar en el análisis de los diferentes principios que gobiernan la función pública aplicados al procedimiento sancionatorio ambiental se sugiere la lectura del artículo del profesor

El artículo 3.º de la Ley 1437 de 2011 establece varios principios asociados a la garantía constitucional de la imparcialidad, y presenta la definición y alcance de los principios de igualdad, moralidad, buena fe y transparencia, todos los cuales buscan garantizar que haya un “tribunal” independiente e imparcial que defina si un individuo cometió o no una infracción ambiental, bien sea por incumplimiento de la norma o por daño ambiental.

A su turno, el numeral 3 del artículo 3.º de la Ley 1437 de 2011 define que el principio de imparcialidad implica que las

... autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Aunado a lo anterior, los artículos 11 y 12 de la Ley 1437 de 2011 se ocupan de regular las circunstancias bajo las cuales se considera que el funcionario que debe adoptar la decisión final en el marco del procedimiento sancionatorio ambiental puede afectar la imparcialidad. Así las cosas, el artículo 11 dispone que cuando el interés general propio de la función pública, en este caso el ejercicio y materialización de la potestad sancionatoria ambiental, entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido.

De manera que de forma expresa se indica que “todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento”²⁶. Como se puede evidenciar, la norma busca garantizar que el funcionario público no tenga un interés que pueda afectar su imparcialidad y objetividad al momento de adoptar la decisión en el marco del procedimiento sancionatorio ambiental.

Igualmente, es importante señalar que todos los casos en los que el servidor público debe declararse impedido, so pena de ser recusado, están asociados a sus calidades individuales y no a las institucionales de la entidad en que labora, entre ellas:

Á. H. CARDONA GONZÁLEZ titulado “El régimen sancionatorio ambiental luego de la Ley 1437 de 2011” y el texto de mi autoría denominado “Los principios constitucionales y legales en el régimen sancionatorio ambiental colombiano (Ley 1333 de 2009)”.

26 Artículo 11 de la Ley 1437 de 2011.

... i) Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho, ii) Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente, iii) Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto, iv) Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público, v) Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes del numeral i, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, vi) Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal, vii) Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal, viii) Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, ix) Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima, x) Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas, xi) Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la Administración, xii) Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, xiii) Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión

administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver, xiv) Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores, xv) Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin, y xvi) Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de junta directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición²⁷.

Como se puede observar, las causales de impedimento están asociadas a la persona que ejerce el cargo de servidor público. Este es justamente el problema de fondo del procedimiento sancionatorio ambiental. Se ha entendido que el principio de imparcialidad es efectivo en la medida en que se garantiza que el funcionario público que ejerce la potestad sancionatoria ambiental no está inmerso en ninguna de las causales del referido artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, pues se entiende que el conflicto de interés se deriva únicamente de la personal y no de la entidad.

Ahora bien, es preciso señalar que la idea de que el conflicto de interés se pregona del funcionario y no de la entidad no es un asunto que haya sido analizado y abordado únicamente por la Ley 1437 de 2011. Por el contrario, existe suficiente jurisprudencia del Consejo de Estado en la que ha confirmado y reafirmado dicha consideración de que el interés particular no se pregona del ejercicio de las funciones y competencias legales que tiene y ejerce el funcionario público, sino que se deriva cuando en el marco de dichas funciones se genera un conflicto frente a un interés propio que tiene como ciudadano, mas no como funcionario público; lo cual a su turno implica que el conflicto no se deriva del funcionario público en su calidad de tal, y mucho menos de la entidad en la que labora. De ahí que la jurisprudencia, al igual que la Ley 1437 de 2011, ha entendido que el conflicto de interés es personal y se transfiere inclusive a su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho; pero no ha incluido en el concepto de conflicto de interés que

27 Ídem.

sea la misma entidad de la que se pueda derivar tal conflicto en el marco de sus competencias constitucionales y legales²⁸.

Nótese cómo el Consejo de Estado, en la Sentencia del 17 de marzo de 2011 de la Sección Primera, reiteró la jurisprudencia proferida por dicha corporación, de la cual se resalta lo siguiente:

Según la jurisprudencia de esta Sala, *el interés que genera el conflicto debe ser directo, es decir que la decisión debe redundar en beneficio del servidor público en forma inmediata, esto es, sin necesidad de que medien circunstancias o elementos externos a la misma; que se produzca un beneficio especial, particular y concreto en favor suyo, de su cónyuge o de un pariente; y que además no se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto, tal como lo ha señalado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al pronunciarse de fondo en procesos de pérdida de investidura de los congresistas* (cursiva fuera de texto).

De igual manera, en la Sentencia del 20 de noviembre de 2001, M. P.: Germán Rodríguez Villamizar, la Sala señaló:

Por consiguiente, el conflicto de interés se presenta cuando el congresista se ve afectado por alguna situación de orden moral o económico que le impide tomar parte en el trámite o decisión de algún asunto sometido a su consideración, de tal manera que *rompería la imparcialidad e independencia para atender su propia conveniencia o beneficio personal, o el de su cónyuge o compañero permanente, el de sus socios, o el de sus parientes en los grados antes señalados*.

Asimismo, se ha dicho que el aspecto deontológico de esa figura radica en que es deber de los referidos servidores públicos poner de manifiesto ante la corporación respectiva, *las circunstancias que por razones económicas o morales pueden afectar su objetividad, imparcialidad o independencia frente al asunto oficial o institucional que les compete decidir*. De suerte que la causal no se configura por *el sólo hecho de encontrarse en una “situación personal o familiar” que puede ser directa y específicamente afectada por la respectiva decisión, sino por no manifestarla, a sabiendas de encontrarse en situación de impedimento para tomar parte en aquélla* (cursiva fuera de texto).

28 Por supuesto que la misma entidad no puede investigarse y juzgarse a sí misma cuando ha cometido la infracción ambiental. Salvo dicho caso, en los demás eventos la autoridad ambiental investiga y juzga a los administrativos, a pesar de poder tener un interés económico en los resultados de la investigación sancionatoria ambiental.

Igualmente, en la Sentencia del 27 de enero de 2005, M. P.: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, la Sala consideró:

La jurisprudencia de esta Sala tiene dicho que de esa disposición se desprende que el interés que *puede generar conflicto con el asunto de que se trate debe ser directo, es decir que el efecto que la decisión pueda tener en las personas que como servidores públicos intervienen en ella sea inmediato*, sin consideración a circunstancias o elementos externos a la decisión; que se produzca *de forma especial respecto de ellas, de su cónyuge o de un pariente suyo, es decir, “particular y concreta”*, sea en su beneficio o en su perjuicio; y que además no se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto, y así lo ha consignado reiterada y ampliamente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación cuando se ha ocupado del asunto con ocasión de procesos de pérdida de la investidura de los congresistas (cursiva fuera de texto).

Conforme lo han señalado el Consejo de Estado y la Ley 1437 de 2011, el análisis de la imparcialidad, impedimentos y recusaciones se deriva única y exclusivamente del funcionario que debe decidir el trámite administrativo, que en el caso que nos ocupa sería el procedimiento sancionatorio ambiental. Bajo la referida jurisprudencia, y en concordancia con la misma norma nacional (leyes 1333 de 2009 y 1437 de 2011), se ha partido de la base de que la decisión de la autoridad ambiental es absolutamente legítima y que no carece de ningún vicio o situación que pueda afectar su independencia e imparcialidad. Todo el sistema sancionatorio ambiental se ha consolidado, estructurado e implementado bajo la premisa de que la autoridad ambiental es objetiva, y que, por lo tanto, tiene la competencia y legitimidad para sancionar a un presunto infractor no existiendo motivo alguno que pudiera cuestionar tal independencia.

Entonces, se entiende que la forma como se ha diseñado el procedimiento sancionatorio ambiental guarda correspondencia con los fines esenciales y sociales del Estado²⁹, y que el sistema y la forma como se materializa la

29 En la literatura nacional existen diferentes textos de reconocidos autores en los que sutilmente han sugerido la inconveniente realidad de que la autoridad ambiental obre como juez y parte en el procedimiento sancionatorio ambiental. De hecho, el suscrito ha escrito varios textos sobre el procedimiento sancionatorio ambiental en el que en ningún momento ha cuestionado enfáticamente tal situación, pues no podría ser para menos, todos hemos escrito partiendo del *statu quo* de la norma sancionatorio ambiental en la que la competencia está asignada a las autoridades ambientales existentes, de ahí la benevolencia con que la literatura ha tratado el tema de competencias

potestad sancionatoria del Estado no generan ningún tipo de conflicto de interés o de situación que pueda poner en riesgo la efectividad del principio de imparcialidad. De manera que se ha asumido que el conflicto de interés podría recaer en el funcionario y no en la entidad, razón por la cual se cuenta con un sistema de impedimentos y recusaciones de los funcionarios, mas no de la entidad, pues no habría nadie más legitimado para investigar y sancionar que la autoridad ambiental competente según los factores territoriales o especiales.

Ahora bien, cuando nos apartamos respetuosamente del paradigma antes referido según el cual el conflicto se genera en el funcionario y no en la entidad, y ahondamos en el análisis de la forma como se lleva a cabo el procedimiento sancionatorio ambiental, encontramos que tal imparcialidad puede estar en riesgo si entendemos que la autoridad ambiental tiene un gran incentivo económico si logra sancionar al presunto infractor pues, salvo en el caso de las sanciones tanto del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible como de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales cuyas multas van al FONAM³⁰, en el evento en que las autoridades ambientales hallen responsables a los presuntos infractores e impongan una multa pe-

bajo el procedimiento sancionatorio ambiental. Sin embargo, vale la pena señalar que cada vez se escuchan más voces que llaman a una revisión del sistema, como la del profesor Á. CARDONA. Ahora bien, como el tema de la potestad sancionatoria ambiental reviste la mayor importancia, se sugiere analizar algunos textos en los que se ha abordado, entre ellos, los siguientes: G. L. ÁLVAREZ PINZÓN. “Los vacíos de la Ley 1333 de 2009 que regula el Régimen Sancionatorio Ambiental y la forma adecuada de llenarlos”, en *Derecho Procesal Ambiental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014; Ó. D. AMAYA NAVAS. “La potestad sancionadora de la Administración en la Ley 1333 de 2009”, en *Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010; Á. H. CARDONA GONZÁLEZ. “El régimen sancionatorio ambiental luego de la Ley 1437 de 2011”, en *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017; E. J. DEL VALLE MORA. *Aplicación de los principales principios constitucionales y legales en el Régimen Sancionatorio Ambiental*, Bogotá, Brigard & Urrutia, 2014; M. DEL P. GARCÍA PACHÓN. “El procedimiento para la imposición de sanciones de la nueva Ley 1333 de 2009”, en *Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010; A. GÓMEZ REY y G. A. RODRÍGUEZ. “Ley 1333 de 2009: un régimen de presunciones”, en *Régimen Sancionatorio Administrativo Ambiental en Colombia: aportes para su implementación*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2018, y M. RUEDA GÓMEZ. “Ley 1333 de 2009: muchos problemas, pocas soluciones”, en *Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2012.

30 Vale la pena aclarar que el hecho de que los fondos vayan al FONAM no significa que le den total independencia a estas entidades, pues ambas de alguna manera reciben recursos de dicho fondo; lo que ocurre es que la relación directa en el manejo de los recursos y su asignación para el funcionamiento no se presenta tan directamente como ocurre en el caso de las demás autoridades, pues del FONAM se derivan recursos no sólo para funcionamiento sino para otro tipo de activida-

cuniaria, los recursos recogidos a título de multa van a parar a las mismas autoridades, recursos que en su gran mayoría son usados para sufragar su funcionamiento³¹. ¿De manera que, cómo se puede justificar la efectividad del principio a la imparcialidad cuando quien investiga y juzga tiene un incentivo económico en la decisión final? A continuación se explica en detalle en qué consiste el referido incentivo económico.

IV. EL DESTINO DE LAS SANCIONES ECONÓMICAS Y LA FUNCIÓN DE LA SANCIÓN

El artículo 40 de la Ley 1333 establece que la autoridad ambiental puede imponer una o varias sanciones al presunto infractor, entre ellas las multas, cuyo valor puede resultar demasiado elevado pues, según el numeral 1 del referido artículo 40, pueden ser multas diarias de hasta 5.000 smlmv, es decir, un poco más de un millón de dólares.

A su turno, el párrafo 2.º del artículo 40 de la Ley 1333 de 2009 dispuso que el Gobierno nacional definiría mediante reglamento los criterios para la imposición de sanciones, en cuyo caso tendría en consideración los agravantes, los atenuantes, la magnitud del daño ambiental, y las condiciones socioeconómicas del infractor. Dicho reglamento fue establecido por el Gobierno nacional mediante el Decreto 3678 de 2010, hoy en día compilado en el Decreto 1076 de 2015. Así mismo, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible profirió la Resolución 2086 de 2010 la cual regula en mayor detalle la fórmula y metodología para la tasación e imposición de sanciones pecuniarias (multas).

Al revisar la Ley 1333 de 2009, el Decreto 1076 de 2015, la Resolución 2086 de 2010, e inclusive la Ley 99 de 1993, se encuentra que las sanciones pecuniarias que imponen las autoridades ambientales entran directamente a sus arcas, y son usadas para pagar los costos y gastos de su propio funcionamiento³². No existe ninguna norma en Colombia que establezca una

des, como se evidencia en los artículos 1.2.4.1.1, 2.2.3.1.7.1, 2.2.9.4.1.1, 2.2.9.4.1.2, 2.2.9.4.1.4, 2.2.9.4.1.5, 2.2.9.4.1.6 y 2.2.9.4.1.7 del Decreto 1076 de 2015.

31 Esta idea se sustenta en lo dispuesto en los numerales 2, 13, 17 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993 y en el artículo 42 de la Ley 1333 de 2009.

32 Para mayor información cfr. los resultados de una investigación adelantada por Á. M. AMAYA ARIAS y E. DEL VALLE (2018: 545-602) ante más de veinte autoridades ambientales, las cuales

destinación específica para el uso y manejo de los recursos provenientes de las multas.

En la medida en que los recursos de las multas son públicos y se destinan para el funcionamiento de las autoridades ambientales, por más que exista una metodología para su tasación ello no deja de evidenciar que dichas autoridades, que ostentan la potestad sancionatoria, tienen un incentivo para sancionar al presunto infractor. Inclusive, considerando que la metodología para la tasación de multas contenida en la Resolución 2086 de 2010 contiene elementos objetivos (p. ej., costos asociados, facto temporal, capacidad socio económica del infractor, y beneficio ilícito), también tiene otros que al aplicarlos resultan ser subjetivos (p. ej., existencia de agravantes, intensidad, extensión, persistencia, reversibilidad, recuperabilidad o probabilidad de ocurrencia) lo cual puede llevar a que la entidad no sólo tenga un interés en imponer una cuantiosa multa sino a determinar como tendencia en el respectivo Informe Técnico de Criterios altos factores de ponderación que terminan incrementando el valor de la sanción pecuniaria.

De forma que el incentivo es doble: no sólo sancionar con multas pecuniarias, como lo sugieren el inciso primero del artículo 49 de la Ley 1333 de 2009 así como el parágrafo 1.º del artículo 2.º de la Resolución 2086 de 2010, sino también imponer sanciones cuantiosas a los presuntos infractores. De manera que resulta lógico, o por lo menos se puede plantear una duda razonable frente a un potencial conflicto de interés de la autoridad ambiental al momento de definir la situación jurídica de un presunto infractor ambiental. En mi criterio la mera existencia de dicho incentivo, así como la expectativa de que se puedan obtener recursos económicos para el funcionamiento de la autoridad ambiental a costa de las multas impuestas al presunto infractor es suficiente razón para considerar que puede estar en riesgo la efectiva aplicación del principio a la imparcialidad. Entonces, ¿cómo se podría garantizar que haya una ausencia absoluta de conflicto de interés de la autoridad ambiental cuando quiera que podrá obtener recursos económicos para su funcionamiento a costa de las multas que imponga en el marco de los procedimientos sancionatorios ambientales?

confirmaron que suelen utilizar los recursos provenientes de las multas para sufragar sus gastos de funcionamiento.

V. LOS CONCEPTOS TÉCNICOS Y SU IMPOSIBILIDAD DE CONTRADECIRLOS

Ahora bien, las dificultades de la aplicación efectiva de las garantías y principios constitucionales y legales no radica única y exclusivamente en el referido hecho de que las autoridades financian su funcionamiento con los recursos económicos provenientes de las multas que imponen, sino que, además, en la práctica resulta muy difícil ejercer en debida forma los derechos de contradicción, audiencias, defensa y debido proceso, pues las autoridades ambientales suelen iniciar los procedimientos, formular los cargos e imponer las sanciones con base en conceptos o informes técnicos internos que adoptan como “verdades incuestionables”³³. En relación con la relevancia de las pruebas en el procedimiento sancionatorio ambiental vale la pena resaltar lo señalado por Á. Cardona (2017: 89), quien reconoce la vitalidad de dicho asunto así:

... los aspectos probatorios son fundamentales para el éxito de cualquier proceso, de ahí lo delicados que resultan. Las pruebas son el pilar inescindible e inevitable para tomar decisiones administrativas o judiciales, con mayor razón en lo ambiental cuando quien acusa, adelanta el proceso o rito y recauda la prueba normalmente es la misma autoridad. De ninguna manera se debe impedir que el investigado pueda controvertirlas o aportas las suyas para desvirtuar las acusaciones.

No existe una instancia objetiva, autónoma, independiente e imparcial que permita validar el contenido de los conceptos e informes técnicos que

33 Al respecto vale la pena señalar que usualmente los conceptos e informes técnicos de dichas entidades son documentos internos de trabajo que no permiten imponer obligaciones, establecer requerimientos o tomar decisiones. Por ejemplo, en el caso de los expedientes permisivos, los conceptos e informes técnicos son un insumo para tomar decisiones, pero no son en sí mismos la decisión; sin embargo, en los procedimientos sancionatorios las autoridades ambientales los han revestido de poder probatorio, es decir que con base en ellos se adoptan decisiones de fondo sin que exista la posibilidad de cuestionarlas, además de que vienen fungiendo como dictámenes periciales sin respetar la aplicación de las normas que gobiernan la materia, contenidas en los artículos 226 a 235 del Código General del Proceso, y aplicables por remisión expresa de los artículos 1.º, 25 y 26 de la Ley 1333 de 2009, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011. De manera que en la práctica los conceptos técnicos vienen siendo adoptados como pruebas que, ante la imposibilidad de conocerlos y controvertirlos en debida forma, terminan convirtiéndose en las referidas verdades incuestionables bajo las cuales se investiga y condena a los presuntos infractores ambientales.

profieren las autoridades ambientales. Y al respecto vale la pena señalar que no se trata de cuestionar el trabajo de las autoridades ambientales y de sus equipos técnicos, sino de que siempre existe el riesgo de que ocurra una equivocación, inclusive si se pretende definir la responsabilidad de un presunto infractor con base en una pruebas técnicas (p. ej., monitoreos, muestreos, mediciones, y caracterizaciones, como lo señala el artículo 22 de la Ley 1333 de 2009). El factor humano puede generar vicios, dificultades o errores en los dictámenes técnicos proferidos por las autoridades ambientales. Veamos, entonces, en qué consiste esta dificultad procesal ante la imposibilidad de contradecir un documento técnico de la autoridad ambiental.

Desde el punto de vista procesal la autoridad ambiental suele expedir tres informes o conceptos técnicos en el marco de un procedimiento sancionatorio ambiental: i) el que sustenta el auto de apertura de la investigación sancionatoria ambiental; ii) el que señala la motivación técnica del auto de formulación de cargos, y iii) el que contiene la argumentación técnica de la resolución que pone fin a la actuación administrativa.

Por ser conceptos técnicos no son conocidos por los presuntos infractores sino hasta el momento en que se les notifica el respectivo acto administrativo que, por lo general, suele señalar los conceptos técnicos que dieron origen a la decisión adoptada, bien sea la apertura, la formulación de cargos o la decisión sobre la responsabilidad. Así mismo, habitualmente las autoridades ambientales le entregan al presunto infractor únicamente una copia del acto administrativo, y pocas veces la del respectivo concepto técnico, esto muy a pesar de que el artículo 67 de la Ley 1437 de 2011 dispone que siempre se debe entregar la copia íntegra, lo cual supone que debe incluir el concepto técnico.

Los conceptos técnicos se basan en los criterios del personal técnico de la autoridad ambiental, e inclusive en ciertas oportunidades incluyen los resultados de las mediciones, los muestreos o las caracterizaciones que han practicado las propias autoridades ambientales. En la medida en que los conceptos concluyen que existe mérito para investigar, formular cargos o sancionar al presunto infractor son tomados como decisiones de fondo y adoptadas por los respectivos actos administrativos. De ahí que el procedimiento sancionatorio ambiental no contemple en ninguna de las fases procesales que la autoridad ambiental deba dar traslado del concepto técnico al presunto infractor para que el mismo pueda pronunciarse, proponer

objeciones y solicitar la práctica de pruebas que contrasten los resultados allí señalados³⁴.

Dada la manera como se ha estructurado el procedimiento sancionatorio ambiental, los presuntos infractores sólo conocen el concepto técnico en que se fundamenta la decisión final al momento de notificárseles el respectivo acto administrativo, lo cual supone una afectación al debido proceso, máxime si se trata de aquellas autoridades que aún no corren traslado para alegar de conclusión³⁵. De forma que si se genera la práctica de pruebas, bien sea a solicitud de parte o de oficio, el presunto infractor queda imposibilitado para referirse, contradecir y cuestionar desde el sano debate los resultados del período probatorio, pues la autoridad ambiental realiza su respectivo análisis el cual consagra en el concepto técnico.

De forma que la imposibilidad de conocer previamente los conceptos técnicos, de poderlos cuestionar y objetar, así como de proponer la solicitud de práctica de pruebas que los desvirtúen implica una afectación al principio de imparcialidad, pues en la práctica la autoridad ambiental construye sus propias pruebas y se basa en ellas para tomar sus decisiones, sin que haya ningún tercero objetivo, independiente, autónomo e imparcial que pueda realizar la valoración y concretar el sano juicio probatorio³⁶.

Es así como la autoridad ambiental se convierte en juez y parte, decide si practica o no pruebas de oficio, establece si las pruebas que solicita el presunto infractor son útiles, pertinentes y conducentes, e, inclusive, si este presen-

34 En la mayoría de los casos el concepto técnico termina siendo adoptado por la autoridad ambiental como un dictamen pericial sin darle el trámite y trato correspondiente que señalan los artículos 226 a 235 del Código General del Proceso.

35 En relación con este asunto se debe señalar que no existe una posición uniforme de las autoridades. El propio MADS ha sostenido en reiteradas oportunidades que en la medida en que la Ley 1333 de 2009 es una norma especial que no incluye la fase de alegatos de conclusión, no es obligatorio adelantar tal fase procesal. Por el contrario, otras autoridades, como la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER) o la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los ríos Negro y Nare (CORNARE), corren traslado para la fase de alegatos de conclusión, en la medida en que consideran que si bien la Ley 1333 de 2009 es especial, no se debe desconocer que en lo no regulado por ella aplica la Ley 1437 de 2011, máxime si la propia Ley 1333 de 2009 invoca como principios rectores los de buena fe, celeridad, economía procesal, eficiencia y moralidad administrativa, lo cual se traduce en darle al administrado la oportunidad de culminar su argumentación técnica jurídica antes de que la autoridad ambiental adopte una decisión final y de fondo.

36 Al respecto vale la pena traer a colación a F. BRITO (2005: 401), quien señala que una de las garantías de los administrados en el marco del debido proceso está consagrada en el derecho a pedir, aportar y controvertir pruebas. De manera que si la autoridad ambiental adopta los conceptos técnicos como pruebas, debería dar al presunto infractor la posibilidad de controvertirlos.

ta recurso de reposición la misma autoridad puede confirmar su decisión dejándolo sin pruebas. Se trata, entonces, de un procedimiento inquisitivo dirigido por la autoridad ambiental mediante el cual tiene la capacidad de limitar el debate probatorio, e inclusive de reducir la capacidad de defensa del infractor al no darle a conocer los conceptos técnicos y no permitirle contradecir sanamente los resultados de los análisis técnicos.

Mientras que la autoridad ambiental sea la que proponga, dirija y decida unilateralmente el debate sin la intervención de un tercero objetivo que pueda asumir la posición de garante institucional, la efectividad del principio a la imparcialidad se ve seriamente cuestionada, pues el presunto infractor queda enfrentado a una autoridad todopoderosa que controla tanto el procedimiento sancionatorio ambiental como los instrumentos de gestión, control y manejo ambiental que este pueda requerir en el marco de sus proyectos, obras o actividades. Así las cosas, mientras no exista un tercero que pueda dirimir en sede administrativa las discusiones entre las autoridades ambientales y los presuntos infractores respecto de si hubo un incumplimiento de la norma o un daño ambiental, la autoridad ambiental seguirá siendo una entidad súper poderosa que controla tanto los expedientes permisivos como los expedientes sancionatorios.

VI. LA SORPRESA DE LOS AGRAVANTES EN LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Otro de los casos en los que se constata la debilidad en la efectividad de la aplicación del principio de imparcialidad es la ausencia de reglas claras respecto del momento procesal en que se debe debatir si existen o no agravantes de responsabilidad que puedan llevar a la imposición de mayores penas pecuniarias³⁷.

Como se mencionó, el artículo 40 de la Ley 1333 de 2009 establece siete tipos de sanciones a las que puede haber lugar al momento de culminar un procedimiento sancionatorio ambiental (multas, cierres temporales o definitivos, revocatoria de instrumentos, demolición, decomiso definitivo, restitución o trabajo comunitario); sin embargo, los agravantes de responsabilidad contenidos en el artículo 7.º de la Ley 1333 de 2009 solamente influyen en

37 Esta idea surgió del análisis sistemático de los artículos 7.º y 40 de la Ley 1333 de 2009, 2.2.10.1.1.3 y 2.2.10.1.2.1 del Decreto 1076 de 2015, y 3.º y 9.º de la Resolución 2086 de 2010.

la sanción cuando se trata de la imposición de multas. En los demás tipos de sanciones no importa si existen los agravantes de responsabilidad, como tampoco si hubo alguno de los atenuantes de que trata el artículo 6.º de la Ley 1333 de 2009 (p. ej., confesión, reparación o mitigación, o inexistencia de daño ambiental).

Los atenuantes son propuestos y alegados por el presunto infractor al momento de presentar los respectivos descargos, de manera que en esos eventos tiene la carga de demostrar si confesó o no la comisión de la infracción ambiental, o si realizó actividades de remediación o mitigación, o que la infracción ambiental no generó un daño ambiental. De forma que en estos casos el debate probatorio es propuesto directamente por el presunto infractor.

El problema radica en los agravantes de responsabilidad que son propuestos y alegados por la autoridad ambiental, y sólo tienen un efecto real y práctico en la medida en que la sanción que vaya a ser impuesta consista en una sanción pecuniaria, pues en los demás tipos de sanciones no afecta en nada que el presunto infractor hubiese incurrido en algunas de las situaciones establecidas en el artículo 7.º de la Ley 1333 de 2009.

Así las cosas, la autoridad ambiental tiene la carga de presentar el debate respecto de la existencia o no de los agravantes de responsabilidad, frente a lo cual existe un vacío en la Ley 1333 de 2009 la cual no indica en qué momento debe darse dicho debate. Si asumimos que se trata de agravar la responsabilidad, ello implica que se parte de la base de que el presunto infractor no ha logrado desvirtuar la presunción de culpa y dolo de que tratan los artículos 1.º y 5.º de la Ley 1333 de 2009, y que, por lo tanto, debe ser sancionado, en cuyo caso la sanción sería mayor en atención a cualquiera de las causas del referido artículo 7.º de la Ley 1333 de 2009. Sin embargo, considerando que el procedimiento sancionatorio debe garantizar el debido proceso, lo cual implica que el administrado pueda presentar pruebas y controvertirlas, los agravantes deberían ser presentados por la autoridad ambiental al momento de la formulación de los cargos, de manera que al recorrer los cargos el presunto infractor pueda no sólo pronunciarse respecto de ellos y presentar las pruebas a las que haya lugar, sino desvirtuar los agravantes que la autoridad ambiental haya considerado.

En la práctica muy pocas autoridades formulan los cargos junto con los agravantes; por el contrario lo que ocurre es que, al momento de notificársele la decisión de que fue hallado responsable, el presunto infractor se ve sorprendido con la noticia de que su conducta fue agravada; dicha sorpresa

genera una tensión frente a los derechos al debido proceso, a las audiencias, a la contradicción y a la defensa, pues es sancionado con una multa mayor con base en unos agravantes de los que no tuvo conocimiento, y frente a los cuales no pudo referirse, como tampoco aportar pruebas o solicitar el respectivo decreto y práctica de pruebas.

Dicha práctica jurídica tiene su origen en el silencio de la Ley 1333 de 2009 que no aclaró que los agravantes deben ser propuestos por la autoridad ambiental al momento de formular los cargos; situación que resulta mucho más compleja como quiera que no existe en la mayoría de casos la posibilidad de entrar en un debate probatorio respecto de la existencia de dichos agravantes en la medida en que, como se señaló, la autoridad es juez y parte, en cuyo caso la autoridad no tiene que demostrarle a un tercero que el presunto infractor no sólo cometió la infracción ambiental, sino que además lo hizo de manera gravosa.

Por supuesto que si contáramos con un tercero independiente, autónomo e imparcial, la autoridad ambiental tendría que realizar la respectiva formulación y acusación en contra del presunto infractor no sólo aduciendo la existencia de un incumplimiento normativo por acción o por omisión, y/o la causación de un daño ambiental, sino que, además, tendría que plantear el debate acerca de la existente de agravantes de responsabilidad y las pruebas bajo las cuales plantearía dichas situaciones que harían más gravosa la situación para quien sea hallado responsable de la infracción ambiental.

VII. ¿QUÉ HACER, ENTONCES, PARA GARANTIZAR LA IMPARCIALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO AMBIENTAL?

Conforme se ha señalado, el hecho de que la autoridad pueda tener interés en investigar y sancionar a un presunto infractor con el fin de obtener mayores recursos para su funcionamiento, aunado al hecho de que pueda tomar decisiones con base en sus muchas veces incuestionables conceptos técnicos, y aumentar el valor de las penas pecuniarias sin dar un debate probatorio respecto de la existencia de agravantes de responsabilidad, son algunos ejemplos que nos permiten razonablemente plantear el debate en relación con las situaciones que generan una inminente tensión al momento de aplicar de manera efectiva el principio de imparcialidad frente a la estructura actual del procedimiento sancionatorio ambiental.

Como se ha señalado, las principales dificultades en asegurar la efectividad de dicho principio radican justamente en la forma como se ha concebido el procedimiento sancionatorio ambiental, en el que su propia estructura, que dicho sea de paso es muy similar a otros procedimientos sancionatorios administrativos, implica un riesgo para la garantía real y efectiva de los principios al debido proceso y al derecho a ser juzgado por un tribunal que en efecto sea autónomo, independiente y sobre todo imparcial³⁸.

De manera que para solucionar de raíz los problemas referidos en este artículo, y generar un espacio de debate para promover la existencia de un tercero que pueda adoptar decisiones sancionatorias de manera independiente, es necesario modificar sustancial y materialmente el sistema nacional ambiental. Sin embargo, es justamente este espacio académico el que permite plantear el debate y proponer una solución constitucional y legal, así la misma tarde años o décadas en materializarse, pues en algún momento el Estado tendrá que dar dicho paso.

Así las cosas, para que en efecto pueda haber decisiones independientes y un verdadero debate probatorio tendría que existir un tercero ajeno a la autoridad ambiental que tenga las competencias para decidir si hubo o no un incumplimiento ambiental y si se causó o no un daño ambiental. Habría que considerar una modificación a la estructura institucional del sector ambiental en la que una entidad externa, por ejemplo una superintendencia³⁹,

38 Es preciso traer a colación lo señalado por M. REBOLLO PUIG (2013: 121-122) quien, basado en los conceptos de ZONINI y GARCÍA DE ENTERRÍA, reconoce con muy buen criterio que las sanciones administrativas son materialmente penas, aun cuando se den en sede administrativa y no judicial. De manera que, con mayor razón, quien impone dicha pena administrativa debe ser absolutamente independiente e imparcial, pues de lo contrario podría desconfigurar la esencia misma del sistema sancionatorio. En ese sentido cfr. CRISTIAN CARABALY (2018) con varias referencias a los conceptos de “sanción administrativa” presentados por N. PINILLA, L. C. PÉREZ, J. F. CARRASQUILLA, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.-R. FERNÁNDEZ y E. SCHMIDT; así mismo, J. I. RINCÓN (2018: 81-82), quien asertivamente distingue la sanción administrativa de otro tipo de herramientas jurídicas de las autoridades administrativas: “... es necesario establecer que la definición de la sanción administrativa como una aminoración de un derecho mediante la expedición de un acto administrativo desfavorable puede llevar a confundir este instrumento con otros utilizados por la Administración, los cuales no sólo generan efectos negativos o cargas en las personas, sino que también son resultado del ejercicio de una prerrogativa de poder. Así las cosas, no basta con el carácter aflictivo, sino que se requieren los dos elementos restantes, es decir que la medida persiga castigar y que sea la respuesta a un infracción”.

39 Se toma como referencia el caso de Chile en donde la superintendencia es la entidad encargada de sancionar las infracciones ambientales. Para mayor información cfr. J. S. OSSANDÓN ROSALES (2015), en particular la sección 1.5.1.2.1.

se encargue de tomar decisiones en sede administrativa. En ese sentido las autoridades ambientales guardarían su competencia de investigación, pero sería un tercero quien adoptaría las decisiones de si hubo o no una infracción ambiental.

En tales casos la entidad que funcionaría como órgano de decisión administrativo sería la que orientaría y decidiría el debate probatorio, y cada autoridad ambiental debería formular los cargos, incluyendo la referencia a si son o no agravados, junto con el respectivo sustento probatorio. A su turno, el presunto infractor tendría que proponer ante el tercero su defensa con sus respectivas pruebas. De esa manera, sería el tercero quien definiría si son o no útiles, conducentes y pertinentes las pruebas solicitadas y presentadas por el presunto infractor y también por la autoridad ambiental. Así mismo, sería dicho tercero el que debería validar si se requieren o no pruebas de oficio, y el que podría valorar, desde la sana lógica y el debate probatorio, el alcance de los conceptos técnicos de las autoridades ambientales en las que sustenten las formulaciones de cargos y la existencia de agravantes de responsabilidad.

De igual manera, considerando que los temas ambientales involucran elementos técnicos y jurídicos, en aras de garantizar un adecuado debate se podría considerar que las decisiones fueran adoptadas por órganos colegiados, cuya composición debería ser mixta, es decir, estar conformados por abogados y por técnicos especializados en asuntos ambientales, lo cual permitiría generar un mayor debate probatorio tanto técnico como jurídico en cada uno de los casos.

Así mismo, para su funcionamiento el tercero no debería sustentar sus recursos en las multas que pudiera imponer, sino que su financiamiento debería provenir de recursos ajenos a la imposición de las multas, lo que permitiría eliminar por completo dicho incentivo actualmente existente, y garantizar la independencia de la entidad.

Por el contrario, las multas que resulten de las investigaciones deberían tener una destinación específica que permita atender los problemas ambientales, por ejemplo, mediante la creación de un fondo para la reparación de pasivos ambientales⁴⁰, o para el fortalecimiento institucional e investigativo. Inclusive, si para asegurar su imparcialidad la entidad no recibe recursos

40 Lo más similar que existe es el Fondo de Compensación Ambiental de que trata el artículo 2.2.9.5.1.1 del Decreto 1076 de 2015; sin embargo, el mismo tiene como fuentes de ingresos y

provenientes de las multas, en gracia de discusión hasta podría mantenerse que las autoridades ambientales recibieran dichos recursos, pues se trataría de un incentivo para que ejerzan con plenitud y conocimiento técnico el debate probatorio que de ser vencedores en el marco del procedimiento sancionatorio les permitiría acudir a recursos para su propio fortalecimiento técnico e institucional⁴¹. Lo importante es que quien adopte la decisión de sancionar o no a un presunto infractor en sede administrativa no tenga ningún tipo de interés económico, ni como funcionario ni como entidad, en la decisión que tenga que adoptar.

Por supuesto que esta propuesta no sólo implica un desafío institucional sino también económico, pues el hecho de un tercero que asuma la potestad sancionatoria respecto de todas las infracciones ambientales que se cometan en el país implicaría una serie de gastos, no sólo para el funcionamiento de la entidad, sino también para las autoridades ambientales. Sin embargo, entendiendo que al margen de que estos son los costos de las reales democracias y de la garantía de los derechos de los ciudadanos, no debe descartarse el hecho de que el funcionamiento pueda darse mediante el uso de medios electrónicos o, en su defecto, mediante unidades territoriales delegadas que en el sector regional o local puedan adoptar dichas decisiones.

Si bien es cierto que, de crearse, este espacio generaría una mayor burocracia en el sector ambiental, también lo es que les permitiría a las autoridades ambientales concentrarse en los temas técnicos e investigativos e, inclusive, como se señaló, cofinanciarse con las propias multas, como ocurre hoy en día, pero después de haber resultado vencedoras en un proceso ante un tercero autónomo, independiente y plenamente imparcial. De igual manera, llama la atención que en el ejercicio realizado por E. Guhl y P. Leyva (2014) no se haya considerado la creación de esta instancia independiente para las decisiones en el marco de los procedimientos ambientales. Por el contrario, la visión de los referidos autores lleva a pensar que un esfuerzo institucional de tales

destinaciones unos asuntos diferentes a los aquí considerados frente a los multas y a los pasivos ambientales.

- 41 Si fuere este el caso, valdría la pena pensar en la creación de un fondo de multas en el que confluyan todos los recursos, de manera que, según criterios técnicos y financieros, se los asigne a las autoridades ambientales adscritas a él. En otras palabras, los recursos provenientes de las multas impuestas por infracciones causadas en su jurisdicción no quedarían en poder de las autoridades, sino que sería un fondo solidario que permitiría fortalecer en su integridad el sistema y no a las autoridades que decreten más infracciones ambientales.

magnitudes podría no ser realizable o, siendo realizable, sería insostenible. De ahí la necesidad de analizar su conveniencia institucional, económica y política, pues ciertamente desde el punto de vista eminentemente procesal y jurídico se presenta como una necesidad o, al menos, como una instancia deseable, garantista del debido proceso.

Ahora bien, otro asunto que no se ha tratado, pero que podría ser parte de las consideraciones que se deben tener en cuenta al momento de analizar la propuesta aquí señalada sobre incorporación de un tercero, tiene que ver con el tema asociado al derecho a la doble instancia. Como señaló F. Brito (2005: 403), el derecho a la doble instancia se predica no sólo de los asuntos en sede judicial, sino también en sede administrativa. De manera que el tercero que se ha venido proponiendo bien podría servir de segunda instancia si se mantuviera el estado actual de las cosas, o que el mismo tuviera dos instancias de forma que se garantice dicho postulado del derecho al debido proceso, lo cual redundaría en la protección y garantía efectiva del principio a la imparcialidad. El debate queda abierto.

VIII. Y EN EL ENTRETANTO, ¿QUÉ SE PUEDE HACER?

El mundo ideal sería el planteado, es decir, la creación de un organismo independiente que decida respecto de las formulaciones de cargos de las autoridades ambientales; que no dependa económicamente de ninguna multa que imponga; que pueda, con autonomía jurídica y técnica, decidir acerca de la utilidad, pertinencia y conducencia de las pruebas de las autoridades ambientales y de los presuntos infractores ambientales; que pueda aceptar o rechazar las pruebas de cualquiera de las partes; que con plena autonomía pueda decidir si se requieren o no pruebas de oficio; que esté compuesto por un cuerpo colegiado en el que haya un debate técnico y jurídico, y que por el mismo hecho de ser colegiado genere mayores garantías para el administrado que se vea inmerso en la investigación sancionatoria ambiental.

Llegar a dicho estadio tiene un costo institucional, administrativo y económico para el país; sin embargo, podría ser un proceso transitorio que paulatinamente vaya integrando áreas del territorio nacional a la nueva institucionalidad, y atendiendo a que el tipo de infracción ambiental y su magnitud se vayan integrando a los procedimientos de dicha instancia.

De manera que aun cuando a la luz de las normas y de la institucionalidad existentes represente una solución a largo plazo, bajo las normas actuales

las autoridades ambientales pueden tomar algunas decisiones, y conducir sus investigaciones a debates probatorios en los que se asegure en mayor medida la efectividad del principio de imparcialidad. Veamos entonces qué acciones y decisiones pueden ser tomadas en cuenta sin necesidad de realizar grandes cambios institucionales y normativos para garantizar dicho principio mientras llega el día de tener un tercero que garantice la absoluta y debida aplicación del principio de imparcialidad.

Si bien bajo la Ley 99 de 1993 los recursos provenientes de las multas son utilizados para el funcionamiento de la autoridad ambiental, esta podría darles una destinación específica distinta, como cubrir sus necesidades y mejorar su capacidad institucional⁴²; es decir, utilizar los recursos provenientes de las multas para crear fondos de remediación ambiental, adquirir predios para conservación ambiental, pagar servicios ambientales, o invertir en la investigación, ciencia y tecnología. Por supuesto que estos ejemplos no liberan el incentivo de la autoridad ambiental para sancionar a un presunto infractor pero, por lo menos, en la medida en que el destino de los recursos esté limitado a actividades que van más allá del propio funcionamiento (p. ej., pago de salarios, pago de contratistas, pago de servicios públicos, pago de proveedores), le resta presión a la decisión de sancionar. Estos ejemplos no eliminan el riesgo del incentivo, pero lo merman. Y si a pesar de ello existe un incentivo a sancionar, estaría orientado a invertir los recursos en actividades que fortalecen el fin misional de la entidad.

En el marco de sus competencias⁴³ actualmente la autoridad ambiental cuenta con instrumentos que le permiten tomar la decisión de dar a conocer al presunto infractor los conceptos técnicos⁴⁴, y contradecirlos. A continuación se presentan algunas sugerencias:

– El concepto técnico que motiva el auto de apertura.

Al momento de notificar el auto de apertura se debería entregar una copia íntegra del concepto técnico, de manera que el presunto infractor pueda

42 Esta idea tiene su sustento en los numerales 6, 13, 17, 19, 24 y 27 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993.

43 Esta idea se sustenta en los artículos 226 a 235 del Código General del Proceso como quiera que la autoridad ambiental le da al concepto técnico la fuerza de una prueba bajo la cual termina decidiendo una investigación sancionatoria ambiental.

44 Ídem.

conocer en detalle cuál es el alcance de los hechos que son objeto de investigación, así como el sustento de los mismos.

En la medida en que el presunto infractor tenga conocimiento de este concepto técnico y del material probatorio asociado al mismo, se podrá proponer, si fuere el caso, la cesación del procedimiento sancionatorio ambiental en el marco de lo dispuesto en los artículos 9.º y 23 de la Ley 1333 de 2009.

De esta manera, al momento de solicitar la cesación del procedimiento sancionatorio ambiental el presunto infractor podría proponer la práctica de pruebas con las cuales buscaría desvirtuar el material con base en el cual la autoridad dio origen al procedimiento sancionatorio ambiental.

– El concepto técnico que motiva el auto de formulación de cargos.

En este caso, además de notificar y entregar con el auto de formulación de cargos una copia del concepto técnico, la autoridad debe ser clara en los hechos que la llevaron a formularlos y el sustento probatorio con base en el cual tomó dicha decisión.

Al respecto se debe señalarse que si bien los artículos 1.º y 5.º de la Ley 1333 de 2009 presumen la responsabilidad del infractor a título de culpa y dolo, el artículo 24 de la misma norma indica que la autoridad debe precisar las condiciones de tiempo, modo y lugar bajo las cuales se habría presentado la infracción ambiental, todo lo cual debe estar debidamente motivado.

Así las cosas, el concepto técnico del auto de formulación de cargos resulta relevante pues plantea el debate real y probatorio de cada procedimiento sancionatorio ambiental, y con base en él, y en el auto de formulación de cargos, el presunto infractor puede preparar su defensa, aportar las pruebas que tenga en su poder, y solicitar el decreto y práctica de otras pruebas que pueda requerir, como el caso de testimonios, inspecciones, exhibiciones, etc.

– El concepto técnico que motiva la decisión final.

Uno de los principales problemas que se genera con este concepto es que, en la medida en que la autoridad ambiental no da traslado para alegar de conclusión, el presunto infractor no tiene como concluir el debate argumentativo que presentó en el escrito de descargos.

La lógica de los alegatos de conclusión es que el presunto infractor pueda hacer referencia a las pruebas que solicitó en el escrito de descargos una vez

sean decretadas y practicadas, de manera que pueda cerrar su argumento técnico y jurídico según los resultados de la fase probatoria.

Ahora bien, si la autoridad no da traslado para alegar de conclusión, y mucho menos pone en conocimiento del presunto infractor el concepto técnico respecto de su valoración de la infracción, el investigado sólo podrá defenderse hasta el momento en que conozca la decisión final y presente los respectivos recursos en vía gubernativa.

Así las cosas, la autoridad podría elaborar el respectivo concepto técnico y dar traslado del mismo al momento de alegar de conclusión, de esa manera el presunto infractor podría referirse a ciertos elementos que difícilmente se presentan en el debate entre el auto de formulación de cargos y la fase probatoria, por ejemplo, la ponderación de los elementos de intensidad, extensión, persistencia, reversibilidad y recuperabilidad al momento de valorar el grado de afectación ambiental.

Así mismo, dicho concepto técnico no debería incluir elementos técnicos o jurídicos que no fueron propuestos en el debate presentado en el auto de formulación de cargos, de manera que debería limitarse a los asuntos objeto de controversia y defensa por el presunto infractor.

En adición a lo anterior, los conceptos técnicos no deberían incluir los resultados de las pruebas técnicas pues, de ser así, los presuntos infractores debería tener la oportunidad de conocerlas y controvertirlas con los medios de prueba a los que haya lugar⁴⁵. Así, los conceptos técnicos deberían funcionar como documentos que contengan la posición y argumentación de la autoridad ambiental, mas no como pruebas en sí mismos. Infortunadamente, en la práctica las autoridades ambientales asumen como pruebas los conceptos técnicos de las entidades, lo cual no permite su contradicción. De manera que no sólo debe desligarse el concepto técnico como prueba, sino que el mismo no debe incorporar ningún elemento de prueba que no hubiese sido conocido y frente al cual el presunto infractor ambiental haya podido presentar sus objeciones y pruebas.

De forma que en los casos en que haya lugar a que la autoridad ambiental practique pruebas técnicas para valorar la infracción ambiental, sus resultados no deberían estar contenidos en los conceptos técnicos sino en documentos independientes que sean susceptibles de ser cuestionados por

45 Todo esto sin perjuicio de que, además, la autoridad dé aplicación a lo dispuesto en los artículos 226 a 235 del Código General del Proceso.

el presunto infractor. Así mismo, en el caso de la práctica de mediciones, monitoreos, caracterizaciones, o cualquiera que sea la prueba, idealmente la misma debería ser practicada por un tercero y no por la misma autoridad ambiental⁴⁶, lo que le daría mayor objetividad a la prueba, y le permitiría inclusive a la misma autoridad cuestionar sus resultados.

En el caso de los agravantes, las autoridades ambientales pueden corregir fácilmente la situación planteada. Hoy en día existen instituciones, como la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, que a veces incluyen en la formulación de cargos la mención de los agravantes a los que pueda haber lugar⁴⁷. Si bien no ocurre en todos los casos, dicha autoridad ambiental en varias oportunidades ha incluido la referencia a los agravantes de manera que los presuntos infractores puedan referirse a los mismos en el escrito de descargos, y aportar las pruebas a las que haya lugar. Así se evitará sorprender a los presuntos infractores con los agravantes al momento de definir la situación jurídica cuando se les notifica la resolución que pone fin a la actuación, en cuyo caso resulta ser muy tarde para aportar pruebas y solicitar el decreto y práctica de pruebas que permitan desvirtuar la existencia de agravantes de responsabilidad.

CONCLUSIONES

Como se señaló en la introducción, el objetivo del presente artículo consistió en plantear que, tanto bajo la estructura actual de la institucionalidad ambiental como del procedimiento sancionatorio ambiental, no se puede considerar que este garantice de manera absoluta la efectiva aplicación del principio de imparcialidad. Esta hipótesis se sustentó en concreto en tres ejemplos que se derivan de la estructura actual del procedimiento sancionatorio ambiental.

El primero consiste en el hecho de que la autoridad ambiental tiene un interés implícito en declarar al infractor como responsable en la medida en que el procedimiento sancionatorio ambiental culmine con una sanción pecuniaria la cual permitirá a la entidad contar con recursos económicos para su funcionamiento.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Esta propuesta se deriva del análisis sistemático de los artículos 3.º y 24 de la Ley 1333 de 2009, en concordancia con los criterios de interpretación normativa contenidos en la Ley 153 de 1887 y en los capítulos VI a VIII del Código Civil colombiano.

El segundo tiene que ver con la limitada valoración probatoria que se puede dar en el marco del procedimiento sancionatorio ambiental en el que la autoridad actúa como juez y parte, considerando qué pruebas aportadas y solicitadas por el presunto infractor son útiles, conducentes y pertinentes, y dándole a los conceptos técnicos de la autoridad ambiental el carácter de pruebas muchas veces desconocidas por el infractor, o inclusive, siendo conocidas, sin la posibilidad real de poder controvertir sus resultados y análisis.

El tercero está asociado al hecho de que en materia de sanciones existe un vacío legal respecto del momento en el que debe darse el debate de los agravantes de responsabilidad, los cuales únicamente tienen efecto cuando la sanción sea económica, teniendo entonces la autoridad la carga de probarlos al momento de formular los cargos, situación que pocas veces ocurre, lo cual implica una mayor pena para el infractor frente a la cual difícilmente puede defenderse.

A partir de dichos ejemplos, bajo el actual procedimiento sancionatorio ambiental se puede evidenciar que existe una inminente tensión entre el sistema y la garantía de la efectividad de la imparcialidad como principio rector del procedimiento sancionatorio ambiental, de ahí que se propusieron acciones para el largo y corto plazo.

En el caso de la propuesta a largo plazo, la cual es bastante idealista, se planteó una reinversión tanto de la institucionalidad ambiental como del procedimiento sancionatorio ambiental con la creación de una entidad independiente que decida respecto de las formulaciones de cargos, las prácticas de pruebas y en general que conduzca el debate probatorio. Dicha tercero debería adoptar decisiones de manera autónoma, independiente e imparcial; no tener ningún tipo de relación, interés o beneficio respecto de las sanciones pecuniarias que pueda imponer; funcionar mediante salas de decisiones colegiadas compuestas por abogados y técnicos especializados; ser independiente de las autoridades ambientales, de forma que pueda tomar decisiones en sede administrativa sin desconfigurar la esencia misma de la función administrativa, garantizando la efectiva aplicación del principio a la imparcialidad. Por supuesto que para materializar esta idea se requeriría de un análisis económico e institucional que permita validar la posibilidad de hacerla realidad, de manera que sea esta la oportunidad para escuchar propuestas de cómo materializar el ajuste del sistema nacional ambiental pues, desde el punto de vista jurídico y procesal, se presenta como una inminente necesidad institucional, procesal y normativa.

En el caso de la propuesta a corto plazo se plantearon los correctivos y acciones que actualmente pueden adoptar las autoridades ambientales, sin necesidad de incurrir en cambios normativos e institucionales, y que les permitirá mejorar las condiciones bajo las cuales se llevan a cabo los procedimientos sancionatorios ambientales. Se propuso la creación de fondos y destinaciones específicas para el manejo de los recursos públicos que recaudan las autoridades ambientales como resultado de los pagos de las multas que imponen, la necesidad de dar traslado a los presuntos infractores de los conceptos técnicos, la importancia de no adoptar los conceptos técnicos como pruebas sino como líneas argumentativas de la autoridad ambiental, y la necesidad de formular, junto con los cargos, los respectivos agravantes de responsabilidad.

Como se indicó, la intención de este artículo es incentivar el sano debate académico acerca del estado actual de las cosas, así como realizar una invitación abierta a la sociedad civil, la academia, el Gobierno nacional, el Congreso de la República, las Altas Cortes, los órganos de control y la comunidad en general para contribuir en la búsqueda de soluciones en el corto y largo plazo que permitan garantizar la efectiva aplicación del principio a la imparcialidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ PINZÓN, G. L. “Los vacíos de la Ley 1333 de 2009 que regula el Régimen Sancionatorio Ambiental y la forma adecuada de llenarlos”, en *Derecho procesal ambiental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- AMAYA-ARIAS, Á. M. y E. DEL VALLE. “La función compensatoria de la sanción ambiental y su incoherente aplicación normativa y fáctica”, en *El poder sancionador de la Administración pública: discusión, expansión y construcción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- AMAYA NAVAS, Ó. D. “La potestad sancionadora de la Administración en la Ley 1333 de 2009”, en *Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- BRICEÑO CHAVES, A. M. “Aproximación crítica al Régimen Sancionatorio Ambiental y revisión crítica de su reforma con la Ley 1333 de 2009”, en *Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

- BRITO RUIZ, F. “El debido proceso en las actuaciones administrativas”, en *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005.
- CARABALY CERRA, C. A. “La disminución del deber de reparar en la sanción por daño en el marco de la Ley 1333 de 2009”, en *Régimen Sancionatorio Administrativo Ambiental en Colombia: aportes para su implementación*, Bogotá, Ediciones Ibáñez, 2018.
- CARDONA GONZÁLEZ, Á. H. “El régimen sancionatorio ambiental luego de la Ley 1437 de 2011”, en *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- DEL VALLE MORA, E. J. “El denunciador: un vecino que acata y cumple”, *Memoria y Sociedad*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Sociales, 2009.
- DEL VALLE MORA, E. J. *Los principios constitucionales y legales en el régimen sancionatorio ambiental colombiano (Ley 1333 de 2009)*, Bogotá, Brigard & Urrutia Abogados, Colegio Corporativo, 2014.
- DEL VALLE MORA, E. J. “La reparación del daño ambiental en los procesos sancionatorios ambientales”, en *Principios e instrumentos de evitación del daño ambiental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- DEL VALLE MORA, E. J. “Oportunidades de mejora del Proceso Sancionatorio Ambiental”, en *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, t. XVIII, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- ESGUERRA PORTOCARRERO, J. C. *La protección constitucional del ciudadano*, Bogotá, Legis, 2004.
- GARCÍA PACHÓN, M. DEL P. “El procedimiento para la imposición de sanciones de la nueva Ley 1333 de 2009”, en *Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- GONZÁLEZ REY, S. “El derecho-principio al debido procedimiento administrativo”, en *El poder sancionador de la Administración pública: discusión, expansión y construcción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- GUHL NANNETTI, E. y P. LEYVA. *La gestión ambiental en Colombia 1994-2014: ¿un esfuerzo insostenible?*, Bogotá, FNA, FES y Quinaxi, 2014.

- MANRIQUE AMÉZQUITA, J. A. “Imposición y tasación de la sanción monetaria en la Ley 1333 de 2009”, en *Régimen Sancionatorio Administrativo Ambiental en Colombia: aportes para su implementación*, Bogotá, Ediciones Ibáñez, 2018.
- OSORIO SIERRA, Á. “El papel del Estado en el manejo y control de los riesgos ambientales”, en *Derecho Sancionatorio Ambiental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- OSPINA GARZÓN, A. F. “El fundamento del poder de sanción de la Administración: terapia para el abandono de un complejo”, en A. MONTAÑA PLATA y J. I. RINCÓN CÓRDOBA (eds.). *El poder sancionador de la Administración pública: discusión, expansión y construcción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- OSSANDÓN ROSALES, J. S. *Incentivos al cumplimiento ambiental*, Chile, Editorial Libromar, 2105.
- REBOLLO PUIG, M. “El Concepto de Sanción Administrativa”, en *Derecho Sancionatorio Ambiental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- RINCÓN CÓRDOBA, J. I. “Origen, justificación y presupuestos de la potestad sancionadora de la Administración en el ordenamiento jurídico colombiano”, en *El poder sancionador de la Administración pública: discusión, expansión y construcción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- RUEDA GÓMEZ, M. “Ley 1333 de 2009: muchos problemas, pocas soluciones”, en *Temas de Derecho Ambiental: una mirada desde lo público*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2012.
- SCHNEIDER, E. y D. SAGAN. *Into the Cool: Energy Flow. Thermodynamics and life*, Chicago: University of Chicago, 2005.
- VIDAL PERDOMO, J. *Derecho Administrativo*, 13.^a ed., Bogotá, Legis, 2008.